

Acórdão: 15.011/01/1^a
Impugnação: 40.010103329-01
Impugnante: Omega Sociedade Comercial Ltda
Proc. Suj. Passivo: José Luciano Jost de Moraes/Outros
PTA/AI: 01.000120729-81
Inscrição Estadual: 186.812624.0019
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - Irregularidades apuradas mediante o confronto entre os valores de vendas declarados à administração de Shopping Center e aqueles informados no DAPI do mesmo período. Razões da Impugnante não acatadas. Exigências fiscais mantidas. Lançamento Procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais e pagamento do ICMS correspondente, irregularidades apuradas mediante o confronto entre as declarações de vendas feitas pela Contribuinte junto à Administração de Shopping Center onde se encontra localizada e os valores declarados nos documentos demonstrativos de apuração e informação do ICMS - DAPI. Exige-se ICMS, MR(50%) e MI(40%).

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração em fls. 63 a 75, por intermédio de procuradores regularmente constituídos.

Em preliminar, alega que o Auto de Infração é nulo, pois teria havido inovação do feito, após a lavratura do Termo de Ocorrência, com a introdução de novas infringências e penalidades no AI, que não constavam na peça original.

Em segunda preliminar, menciona que a inovação acarretou prejuízo ao seu direito de defesa, na medida em que foram omitidos fatos e informações, os quais poderiam ter sido rebatidos ainda em fatos novos.

Argumenta que houve cerceamento de defesa também porque não foram devolvidos os documentos apreendidos quando da lavratura do TIAF, e este fato inverte o ônus da prova para o Fisco.

Em terceira preliminar, aponta erro na capitulação legal, pois teria cumprido plenamente o disposto no artigo 191 do RICMS/96, fornecendo todos os documentos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exigidos no TIAF, e por conseguinte o artigo 96, inciso XVII, estaria erroneamente capitulado no Auto de Infração.

Em quarta e última preliminar, assegura que o Fisco feriu o princípio do direito tributário da interpretação benigna da lei em favor do contribuinte, posto que na dúvida da capitulação, preferiu a penalidade mais gravosa, quando optou por cobrar a MI prevista no artigo 55, inciso II da Lei 6.763/75, sem a redução prevista na alínea “a” do mesmo inciso.

Aduz que foram utilizados documentos fiscais e extrafiscais para a apuração, e que todos os documentos necessários foram fornecidos, não havendo nenhuma omissão de sua parte.

No mérito, diz que a receita informada nas declarações não se referem apenas à conta mercadoria, e por isso mesmo as diferenças encontradas não estão sujeitas à incidência do ICMS.

Assevera que se ao confrontar os valores constantes da conta Receita de Mercadoria com a conta Receita Bruta, constatar-se-á que aquela corresponde, à exatidão, com os valores declarados em DAPI.

Reclama que o crédito tributário exigido foi apurado apenas com base nas declarações prestadas ao Shopping, sem que tenha havido qualquer tipo de diligência do Fisco, no sentido de se apurar sua acuidade, configurando assim lançamento com base exclusivamente em mera suposição fática.

Salienta que para que surja a obrigação tributária é necessário que ocorra o fato gerador, e a presunção criada pelo Fisco não pode imperar a ponto de substituir a lei, única fonte formal de direito tributário.

Reitera que as declarações prestadas ao Shopping não têm o condão de criar crédito tributário, pois estão incluídas nelas valores que não sujeitos à incidência do ICMS.

Assevera que a multa imposta tem natureza confiscatória, porquanto é exacerbada em relação à falta cometida.

Questiona se tal imposição obedece aos pressupostos da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, considerando imperioso o cancelamento da multa isolada, haja vista sua boa fé.

Repudia a correção do crédito tributário exigido com base da taxa Selic, pois esta possui caráter remuneratório, e não moratório.

O Fisco, em manifestação de fls. 81 a 84, refuta as alegações da defesa.

Explica que o contencioso tributário somente se instaura, na órbita administrativa, após o lançamento do crédito tributário com a lavratura do Auto de Infração e da reclamação do sujeito passivo.

Dessa maneira, entende que o AI foi corretamente lavrado, substituindo a MI originariamente cobrada, prevista no inciso II do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75. Tal alteração se deu devido à constatação de omissão de receita através de documentação extrafiscal, não cabendo a aplicação da atenuante prevista na alínea “a” do dispositivo legal.

Quanto às infringências capituladas no AI, indica que não inovam as exigências inicialmente arroladas no Termo de Ocorrência, apenas relacionam de forma mais abrangente e analítica, todos os dispositivos da lei e do regulamento infringidos.

Com referência às alegações de cerceamento de defesa, por não terem sido devolvidos os documentos pela fiscalização, destaca que não se trata da verdade, conforme se pode comprovar através do recibo constante no TO, de fls. 03.

Acerca da errônea capitulação legal – artigo 96, inciso XVII do RICMS/96, diz que os documentos relacionados no TIAF foram apresentados, faltando a apresentação dos demonstrativos da conta Receita Bruta, que segundo a Autuada, correspondem aos valores apresentados ao Shopping Cidade.

Cita que a receita apurada, mediante diligências procedidas junto à administração do Shopping Cidade, não constou dos documentos da Autuada apresentados à Fiscalização, e por isso foi considerada aquela que constava nos documentos extrafiscais.

Justifica assim o arbitramento da base de cálculo tributável, com base nos artigos 195 do CTN, 49 e parágrafos, 50 e 51, inciso I, esses da Lei n.º 6.763/75, e 194, incisos I e VII do RICMS/96.

Exime-se de comentar sobre a reclamação da Impugnante quanto a taxa Selic.

Pede a manutenção do feito fiscal.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 86/91, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Em preliminar, alega a Impugnante que teria havido inovação do feito, após a lavratura do Termo de Ocorrência, com a introdução de novas infringências e penalidades no AI que não constavam na peça original, e que tal inovação acarretou prejuízo ao seu direito de defesa, na medida em que foram omitidos fatos e informações, os quais poderiam ter sido rebatidos ainda em fatos novos.

O Contencioso Administrativo Fiscal, no Estado de Minas Gerais, instaura-se, conforme previsto no inciso I, alínea “a”, do artigo 94, da CLTA/MG, pela Impugnação tempestiva contra lançamento de crédito tributário de natureza contenciosa, sendo que o lançamento do crédito tributário somente é formalizado mediante Auto de Infração.

O Termo de Ocorrência, portanto, não constitui o crédito tributário pelo lançamento, nos termos do artigo do artigo 142 do CTN, muito menos os “fatos novos” não instauram o contencioso administrativo.

O que se observa no Auto de Infração em epígrafe é que o mesmo foi regularmente lavrado, e a Impugnante intimada por via postal e por edital publicado no órgão oficial do Estado, não havendo portanto nenhum fato ou informação omitida da Impugnante em relação ao AI, que pudesse surpreendê-la a ponto de prejudicar sua defesa.

As infringências e penalidades constantes no Auto de Infração não inovam o feito, uma vez que o lançamento ainda não havia sido constituído. Não obstante, evidencia o que já havia sido descrito no Termo de Ocorrência, ou seja, a omissão de receita através de saídas desacobertas de documentos fiscais.

Os dispositivos legais lançados no AI se referem a obrigação de emitir o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada, portanto as infrações e penalidades estão corretamente capituladas.

Quanto ao cerceamento alegado, devido à não devolução dos documentos requisitados quando da lavratura do TIAF, cabe destacar que no TO de fls. 03 consta o recibo de todos os documentos requisitados pelo TIAF n.º 110496, firmado por Gerson Marcos Teixeira, contabilista da Empresa segundo os docs. de fls.12 a 15.

Em terceira preliminar, a Impugnante diz que há erro na capitulação legal do artigo 96, inciso XVII, pois o mesmo não teria sido infringido, já que teria cumprido plenamente o disposto no artigo 191 do RICMS/96, fornecendo todos os documentos exigidos no TIAF. O Fisco, em sua fala menciona que não foram fornecidos os documentos relativos à conta Receita Bruta.

Independente do cumprimento ou não das disposições do artigo 191 do RICMS/96, caso seja procedente a alegação principal do Fisco, ou seja, de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, claro é que a obrigação de cumprir todas as exigências previstas na legislação tributária não foi plenamente acatada.

A última preliminar argüida se refere a MI aplicada. Questiona a Impugnante sobre a não aplicação da atenuante prevista na alínea “a” do inciso II do artigo 55 da Lei 6.763/75, pois teriam sido utilizados documentos fiscais, e não extrafiscais para a apuração, e não houve omissão de sua parte em relação aos documentos requisitados.

A redução da MI aplicada nos casos previstos no inciso II do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75 só se aplica, conforme o disposto na alínea “a” do mesmo “quando as infrações a que se refere o inciso forem apuradas pelo Fisco, com base em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte”, o que não constitui o caso, pois a infração foi apurada com base em documentos do Shopping Cidade, que prestou as informações à fiscalização mediante intimação.

Não foram os documentos requisitados pelo Fisco através do TIAF que proporcionaram a apuração da omissão de receita, cuja conclusão subsequente foi a de que houve saída desacobertada. Foram as informações prestadas pelo Shopping, que confrontadas com os DAPIs da Autuada, levaram ao lançamento da diferença possivelmente sonegada.

Assim, não há como aplicar o benefício da redução da MI aplicada, com base no dispositivo já mencionado, pois não resta dúvida quanto à capitulação legal do fato nem quanto a graduação da penalidade aplicável.

Portanto, não há como acolher o pleito de nulidade do Auto de Infração, já que não houve qualquer cerceamento de defesa. A circunstância de constarem no AI infringências e penalidades diversas das descritas no Termo de Ocorrência em nada afeta a legitimidade da referida peça fiscal.

Quanto o mérito, no presente feito fiscal é exigido o ICMS, a respectiva Multa de Revalidação e a Multa Isolada face à constatação de que a Autuada promoveu saídas desacobertas de documentação fiscal, no valor total de R\$ 215.340,00, no período de janeiro a junho de 1997, apuradas através do confronto dos valores de vendas, declaradas ao Shopping Cidade, e os valores declarados nos livros fiscais e em DAPI.

Os valores do imposto a debitar foram levados à recomposição da conta gráfica conforme quadro de fls. 06.

Embora não negue os valores, alega a Impugnante que as receitas por ela declaradas à administração do Shopping Cidade não são totalmente relacionadas com operações sujeitas à incidência do ICMS.

No entanto, a Impugnação - onde deveria ser alegada toda a matéria relacionada com a situação fiscal de que decorreu o lançamento - não trouxe quaisquer documentos fiscais referentes a tais receitas.

A propósito, vale lembrar o que dispõe o artigo 110 da CLTA/MG:

"Art. 110 - Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto de provas, será essa irregularidade considerada como provada".

Não basta à Impugnante alegar que parte das receitas declaradas ao Shopping seja originária de fatos estranhos ao campo de incidência do ICMS. Para elidir a imputação fiscal, deveria trazer elementos de prova que confirmassem suas alegações, o que não foi feito.

Dessa maneira, correto o procedimento fiscal em exigir o imposto sobre a diferença entre a receita apurada em documentos extra-fiscais e aquela oferecida à tributação entre os meses de janeiro e junho de 1997. Não houve presunção de ocorrência de fato gerador, como afirma a Autuada, mas constatação de omissão de receita de venda, pois o objetivo social da Impugnante não sugere que a mesma obtenha receitas que não através da atividade mercantil descrita em seu ato constitutivo.

Em relação à multa imposta, também não há como acatar as alegações da Defendente, posto que a penalidade aplicada possui previsão legal, e portanto obedece aos princípios constitucionais necessários. Além disso, ao contrário do que afirma a Impugnante, a MI está graduada em função da gravidade da infração, pois sua base de cálculo é o valor da receita omitida ao Fisco. Não há, portanto, nenhum confisco, ainda que esta vedação, imposta pela CF/88, se refira tão somente aos tributos.

Quanto à utilização da taxa Selic, não é este o fórum adequado para discutir qual seria o índice a ser aplicado sobre o valor original exigido da Contribuinte, visto que não se inclui na competência do órgão julgador administrativo a negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, inclusive aqueles que estabeleçam parâmetros para efeito de correção de crédito tributário.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as arguições de nulidade do Auto de Infração. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencido em parte, o Conselheiro José Luiz Ricardo, que aplicava a redução prevista no artigo 55, inciso II, "a", da Lei 6.763/75, para a multa isolada. Participaram do julgamento, também os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 04/07/01.

**José Luiz Ricardo
Presidente**

**Edmundo Spencer Martins
Relator**

ES

CC/MG